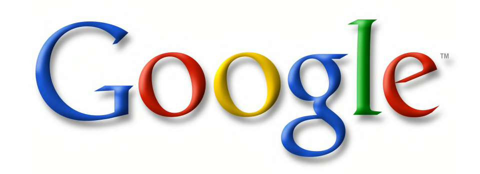
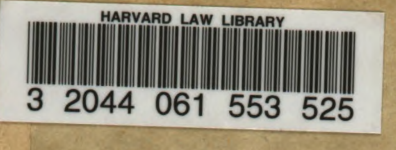
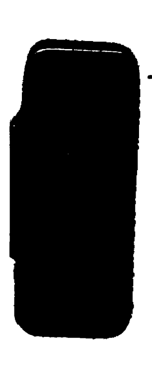


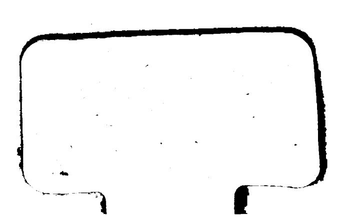


GONZALEZ

Alegato Producido ante el Juzgado 2 de lo civil y hacienda

1904







ALEGATO

producido ante el

Juzgado 2.° de lo Civil y Hacienda, por el Lic.

CESAREO L. GONZALEZ

en el juicio de tercería excluyente de dominio á título de prescripción, promovido por parte del poseedor, contra el Lic.

José M. Martínez Sotomayor

y los por él ejecutados Sres.

Cruz Teja y Susano Ortega.





GUADALAJARA.
TIP.-LIT. Y ENC. DE JOSÉ MARÍA YGUÍNIZ.—RASTRILLO 15.
1904.

ALEGATO

producido ante el

Juzgado 2.° de lo Civil y Hacienda, por el Lic.

CESAREO L. GONZALEZ

en el juicio de tercería excluyente de

dominio á título de prescripción, promovido por

parte del poseedor, contra el Lic.

José M. Martínez Sotomayor

y los por él ejecutados Sres.

Cruz Teja y Susano Ortega.



GUADALAJARA.
TIP.-LIT. Y ENC. DE JOSÉ MARÍA YGUÍNIZ.—RASTRILLO 15.
1904.

MOTIVO DE ESTA PUBLICACION.



Ven la luz pública estos breves apuntamientos, con el objeto de atraer la atención de los abogados estudiosos y á quienes anime el espíritu de moralidad y de justicia, sobre las cuestiones tratadas con relación á los derechos del poseedor, sea ó no propietario, cuando se hallan atacados ó perturbados por acreedor extraño que, en fuerza de un mandamiento de embargo, traba ejecución en bienes que están fuera del dominio del deudor ejecutado. Me propongo obtener las mejores y más ilustradas opiniones cuya influencia alcance como resultado, uniformar la jurisprudencia práctica de los tribunales, en asunto tan delicado. La falta de concordia en las ideas autorizadas por sentencias ganadas á instancias sugestivas de ciertos litigantes, ha ~~ocasionado~~ motivado en no escasas ocasiones los más escandalosos despojos, las más injustificadas cuanto violentas usurpaciones, sin derecho y sin más razón que la de carecer de títulos escritos de propiedad, el poseedor embargado. Esta falta de títulos formales de adquisición se nota especialmente en las sucesiones hereditarias, cuyos bienes inmuebles son de tan escaso valor que lo absorvería con exceso la tramitación del juicio relativo, en el que se adjudicara á cada partícipe y en pago de su haber, bienes de esa clase, los cuales, por esa causa especialmente, van pasando de padres á hijos en virtud de arreglos privados. Colocados los herederos en semejante situación, se verían privados en un momento de lo que por luengos años han poseído y disfrutado con ánimo de dueños, ellos y sus antecesores, por

Ejecutados y ejecutante en el juicio principal sabían perfectamente que el inmueble objeto de la traba es ajeno, y, sin embargo, el interés de los unos en que con él se pagase la propia deuda y la conveniencia del otro de satisfacérsela, aun á esta costa, los ha obcecado en su empeño al grado de no reparar èn la notoria injusticia que tratan de cometer con grave injuria y menoscabo irreparable de los derechos del tercer opositor.

Todo el plan de esta clase de usurpaciones se basa en la creencia de que por medio de embargo puede despojarse impunemente á cualquier poseedor, cuyos títulos de comprobación de sus derechos no estén convenientemente arreglados para obtener en juicio la declaración de propietario; creencia, en mi concepto, enteramente injustificada ante la conciencia y la moral, y destituida de razón á la luz de la ciencia. Ruda é ingrata es la tarea que me he impuesto, teniendo que desentrañar añejas preocupaciones y combatir sin más auxilio que los de mi propia insuficiencia, y sujeto á percibir mezquina recompensa. Pero me alienta la consideración de no ser convertible en oro la labor de una inteligencia consagrada á la defensa de la verdad, ni tampoco reprochable y sí muy meritorio, el esfuerzo del ánimo en el cumplimiento del deber. Aliéntame, además, el dictado de mi propia conciencia que de antemano tiene fallada esta causa encomendada á mi patrocinio, como justa y legítima y honrada: sus resultados serán permanentes, de satisfacción para el corazón y de enseñanza á la inteligencia.

Uno de los signos por los cuales el jurista se distingue de todo otro hombre, está en la diferencia radical que establece entre las nociones de posesión y de propiedad. En el lenguaje común se emplean con gran frecuencia esas expresiones como equivalentes, y de este hábito del lenguaje puede inferirse cuán poca diferencia se advierte entre la propiedad y la posesión, en cuanto á su manifestación exterior en la vida. Positivamente, por lo común, el poseedor de una cosa es al mismo tiempo su propietario; de ordinario el propietario es el poseedor, y mientras subsista tal relación normal, es inútil establecer una distinción. Para no estable-

cerla, arrancándola de un prejuicio, el legislador, que se inspira en los hábitos sociales y se preocupa por el mantenimiento de las relaciones jurídicas entre la persona y las cosas sujetas á su dominio, ha prevenido que el poseedor tiene á su favor las presunciones: de poseer por sí mismo; la de poseer de buena fe, y la de propietario para todos los efectos legales.

Síguese de aquí, que arrebatar la posesión es paralizar la propiedad y que el derecho á una protección jurídica contra la desposesión, es un postulado absoluto de la idea de propiedad. Por esto; para hacerse restituir la propiedad es suficiente demostrar el hecho de la posesión, pues ésta viene al juicio al amparo de aquellas presunciones. La posesión, en efecto, debe ser considerada bajo el punto de vista de ser la condición del nacimiento de ciertos derechos, y además de conceder por sí misma la protección posesoria, privilegio que pone á cubierto al poseedor, simplemente como tal, contra todo ataque á su relación posesoria. La idea fundamental de toda esta teoría descansa en el *jus possessionis*, que es el derecho del poseedor, de prevalerse de su relación posesoria, y sin deber de probar su propio *jus possidendi*, mientras no se encuentre con alguno que, en ejercicio de este derecho, trate de privarlo de la presumible propiedad y de la consiguiente posesión. Aquel derecho no podría existir sino estuviese protegido contra el despojo injusto de la posesión. En este concepto: la protección jurídica contra todos los atentados injustos á la posesión y los cuales consisten en su perturbación ó en el despojo, forma un postulado absoluto de la organización de la propiedad; porque propiedad y derecho á la posesión son sinónimos en sus efectos positivos.

Si para ser protegido como propietario basta demostrar la posesión aprovechando aquellas presunciones, que el que las tiene á su favor, al decir del artículo 539 del Código de Procedimientos Civiles, sólo está obligado á probar el hecho en que se fundan, esta protección aprovecha lo mismo al propietario que al no propietario. Por el contrario, aquel que pretende el despojo, negando la cualidad de propietario que estriba en la posesión, está obligado á probar

contra ella, pues según el artículo 356 del mismo Código, ☞ TAMBIÉN ESTÁ OBLIGADO Á PROBAR EL QUE NIEGA, *cuando al hacerlo desconoce la presunción legal que tiene á su favor el colitigante;* disposición que corroboran el mismo Código en su artículo 566 y el Civil en el 864, los cuales reconocen á tales presunciones legales subsistencia y fuerza de prueba plena, mientras no se pruebe lo contrario. En vez de la prueba de propiedad, que el propietario debe ofrecer cuando reclama la cosa en manos de un tercero, en ejercicio de la acción de reivindicación, le bastará la prueba de la posesión, frente á aquel que se la pretende arrebatar, sea cual fuere el medio de que se quiera valer. Esta acción del poseedor todavía no propietario y que en derecho recibe el nombre de *actio publiciana*, está fundada en la equidad que quiere que el que era justo poseedor de una cosa y que, aun cuando todavía no fuera propietario, estuviera en camino de serlo, sea preferido para obtener esta cosa, cuando ha perdido la posesión, á un usurpador que injustamente se ha posesionado de la misma. En tal caso la presunción que á su favor tiene el poseedor, según el artículo 833 de nuestro Código Civil, de poseer de buena fe, releva de la obligación de probar la existencia del título, por reputarse poseedor de buena fe, que es lo que aquí se presume. Además, conforme con el artículo 856, del mismo Código, por la simple tenencia de una cosa con ánimo de adquirirla, por más de un año, se adquiere la posesión contra el que la pierde por su abandono; y los principales efectos, de los radicales, que produce esa posesión de tal suerte adquirida, como lo prescriben los artículos siguientes 857 y 858, es criar dos derechos á favor del poseedor: el de ser mantenido en su posesión, siempre que fuere perturbado en ella; y el de ser restituido á su posesión, si lo requiere antes del año en que la posesión se pierde por la ocupación de un estraño. Todavía más: si la posesión es de menos de un año, según el inmediato artículo 859, nadie puede ser mantenido ni restituido judicialmente, sino contra aquellos cuya posesión no sea mejor.

El embargo de cosa ajena puede equipararse á aquel acto de secuestro, permitido por derecho al propie-

tario, que en ejercicio de la acción persecutoria de la cosa, la hace poner en depósito judicial mientras se tramita el juicio, caso en el que (número 319 del mismo Tratado del Derecho de Dominio, por Pothier), de cualquier modo que se haya llevado á cabo la petición del dominio de la cosa embargada, ya sea entablándose demanda por parte del que ha hecho el embargo, al objeto de que le sea devuelta la cosa, como á él perteneciente, ya por parte del que ha sufrido el embargo á fin de obtener su alzamiento; el que ha verificado el embargo es quien debe establecer y justificar el dominio que pretende tener de la cosa embargada, *á falta de lo cual, á aquel sobre quien ha sido el embargo*, sin que tenga obligación, de su parte, de prestar ninguna prueba, *debe alzársele dicho embargo*, con indemnización de los gastos, y aun de los daños y perjuicios en caso de haberlos sufrido.

¿Puede, según esto, la posesión representar la propiedad? Sí; porque es la propiedad en su estado normal, la posesión es la *exterioridad, la visibilidad* de la propiedad. Podemos, pues, designar al poseedor como el propietarío presunto, y se comprende muy bien de un lado que el derecho haya declarado esta presunción de propiedad, esta *a prima facie*, como dice el Derecho Inglés, según asegura en sus Cuestiones Jurídicas, Rodolfo von Ihering—suficiente contra el demandado allí donde sólo se trata de rechazar los ataques á la propiedad, y de otro que cuando la cosa se encuentra en manos de un tercero y el demandado tiene á su favor la presunción de la propiedad, haya exigido que tal presunción no pueda destruirse mas que por la propiedad. La acción posesoria nos muestra la propiedad *á la defensiva* y la de reivindicación *á la ofensiva*. Exigir de la defensiva la prueba de la propiedad, sería proclamar que todo individuo que no está en estado de procurarse la prueba de su propiedad—lo cual es imposible en muchos casos, quizá en la mayoría cuando se trata de muebles—se halla fuera de la ley; cualquiera puede arrebatarle su propiedad...... La protección posesoria aparece así como un complemento indispensable de la propiedad.

La acción de dominio en tercería excluyente participa de uno ó del otro de los caracteres de esas dos acciones. De la publiciana, si el tercer opositor se encuentra en posesión de la cosa embargada, y tiende á rechazar el ataque dirigido á la propiedad, por un injusto usurpador; y de la reivindicatoria, cuando la cosa embargada se encuentra en poder de un tercero, ora sea el mismo ejecutado, ora otro cualquier poseedor, circunstancia sola que cría á favor de éstos la presunción de propietarios, que el tercer opositor sólo puede destruir aduciendo un título perfecto de dominio, dc mejor calidad que el de aquéllos. En ambos casos es de invocarse el principio de razón y de seguridad social á un tiempo mismo, que el que quiera innovar debe demostrar que es fundada su pretensión. Por tanto; el que alega contra la presunción de propietario en favor del poseedor, quiere innovar el derecho de éste á la propiedad, sostenida en la posesión, y se convierte en actor, *reus in exceptione actor est*, y como tal por el *onus probandi incumbit actori*, está obligado á probar; puesto que, el no poseedor y el pretendido acreedor hacen forzosamente el papel de demandantes, al tratar de apropiarse y aprovechar cosas que se hallan fuera de su dominio.

Comparable es á las negativas de cualidad y en cierto sentido también de derecho, la del que niega á un poseedor la cualidad de propietario presunto y á la vez le niega que tenga acción al derecho de posesión, que es uno de los derechos reales, según el artículo 3.° en su fracción 8.ª del Código de Procedimientos Civiles; oponiendo hechos indefinidos ó precisos, directamente contrarios á los que invoca el adversario, y entonces la negativa es generadora y conduce á una afirmación palpable y positiva. Esta afirmación se verifica siempre que el embargante niega al tercer opositor su cualidad de propietario presunto como poseedor. Luego está obligado á probar el ejecutante contra los hechos de posesión que dan á aquél el carácter de propietario; puesto lo preceptuado en los artículos 354 y 355 del Código de Procedimientos Civiles. La afirmación consiste en hechos positivos, contra la posesión que presume propiedad, y en los que puedan dar apoyo al derecho del embargante, de secuestrar

bienes de un tercero que no es deudor suyo ni ha sido condenado á pagar con sus bienes el crédito reclamado en el juicio principal; porque el embargo sólo subsiste sobre bienes del deudor ejecutado; luego al embargante que traspasa ese límite incumbe la prueba de aquel derecho, el cual, si fuere cierto, se verá poderosamente auxiliado con las demostraciones del ejecutado, interesado vivamente en que no pasen á ser del dominio de otro bienes suyos, que le importa más recobrar de manos del tercer opositor, contra quien no podría repetir, perdiendo en él el dominio, que librarlos de la ejecución, para aplicar lo producido en la subasta en pago de una deuda, por la que es perseguido y lo será en lo sucesivo sobre sus otros bienes. La fórmula de la afirmación que esta negativa envuelve, es esta: «Niega al tercer opositor la cualidad de propietario, en cuanto afirmo que por ser de mi deudor la propiedad, estoy en mi más perfecto derecho para embargarla.»

Para hacer la aplicación práctica de esta doctrina de la más sana filosofía del derecho y perfectamente acorde con la equidad y la ley, réstame poner de manifiesto á la consideración del Juzgado, cómo cumplieron los litigantes en este juicio su recíproca obligación de probar sus respectivas afirmaciones: el actor la relativa al hecho de la posesión en que se funda la presunción de propietario; los demandados, los hechos contrarios á la presunción y á la cualidad de propietario que, como provenientes de la misma posesión, han negado á su adversario. Con especialidad la que compete probar al ejecutante sobre los hechos que pudieran servir de fundamento al derecho de secuestrar en ejecución de sentencia dictada contra sus ejecutados, una cosa encontrada en la posesión de Calixto Aguayo.

Este tercer opositor demostró plenamente el hecho de la posesión de más de un año, por medio de la testimonial rendida, que, por llenar los requisitos de los artículos 562 y 563 del Código de Procedimientos Civiles, deben considerarse ciertos y demostrados los hechos que versó la declaración uniforme y conteste de más de dos testigos sobre cada uno de los puntos del interrogatorio respectivo. El hecho mismo

de la posesión ha sido reconocido por el ejecutante desde que practicó el embargo; no contestando la demanda, dejándolo fuera del debate; en el interrogatorio de repreguntas á los testigos presentados por Calixto Aguayo, haciéndoles referir circunstancias relativas á la misma posesión, que no atribuye á otras personas que á los dos Aguayo, padre é hijo; y en todos sus alegatos, donde ha admitido la posesión, sin haberle preocupado otra idea que la de hacer patente, no ser suficiente la posesión tenida por los Aguayo para adquirir por prescripción, por la falta de título que sea ó fundadamente se crea bastante para transferir el dominio, no advirtiendo que las prescripciones de más de veinte años, que se dan aun á favor de los ladrones, no necesitan título, pues las de ese período larguísimo de tiempo se basan en la posesión aun de mala fe, que es cuando el poseedor sabe que no tiene título, que sin fundamento cree que lo tiene, ó que sabe que el título es insuficiente y vicioso; pudiendo el que prescribe completar el término necesario para su prescripción, reuniendo al tiempo que haya poseído, el que poseyó la persona que le transmitió la cosa, como es perfectamente sabido por cualquier persona versada en el derecho. Hilario Aguayo adquirió la propiedad del terreno disputado á título de venta, mas sin escritura en que se hubiese hecho constar el contrato; y sin escritura y como sucesor continuó en la posesión, Calixto Aguayo; durando el término de ambas posesiones, hasta hoy sin interrupción, más de treinta años. Luego Hilario Aguayo, no obstante la falta de escritura en que se hubiese hecho constar el título, ha adquirido por prescripción la cosa que demanda en representación de este propietario ad-usucapionem, su heredero Calixto Aguayo. A mayor abundamiento obtuve la confesión de los ejecutados sobre el hecho de la posesión, asegurando el uno, Cruz Teja, al absolver de conformidad la quinta posición, de las que le articulé, que ha presenciado los actos de posesión, goce y disfrute del terreno que en tercería se cuestiona, ejecutados por Calixto Aguayo; y los dos ejecutados, al absolver la octava y novena, que ellos jamás han perturbado esa posesión, ni hecho contra ella reclamación en juicio, antes bien en algunas de

las otras posiciones, segunda y séptima, confiesan que no son dueños ni poseedores, y aun carecen de título para pretender la propiedad ó la posesión de dicho terreno.

Con estas aseveraciones en forma de confesión perfecta, que constituye prueba plena de acuerdo con lo prevenido en el artículo 546 del Código de Procedimientos Civiles, los ejecutados han destruido sus afirmaciones contra la acción deducida y de que poco antes me he ocupado; afirmaciones envueltas en la negativa absoluta en que se dió por contestada la demanda por parte de ellos y del ejecutante.

Este embargante nada ha probado de los hechos que le incumbía demostrar, á fin de obtener la subsistencia del embargo y en justificación del derecho que pretende, de pagarse la deuda de sus ejecutados con el terreno encontrado en poder del tercer opositor; purgando el pago que se hiciere con el precio de la venta, de la nulidad que de otra manera resultaría, si se lo hace efectuar contra el tenor de la disposición prohibitiva del artículo 1527 del Código Civil, de no ser válido el pago hecho con cosa ajena.

Nos encontramos, pues, al frente de un hecho cierto y tan palpable como que no ha sido por nadie contradicho, el de la posesión de Hilario y Calixto Aguayo sobre el terreno que fué objeto de la traba en el juicio principal; hecho generador de uno de los derechos de dominio que cualquier hombre tiene sobre las cosas que posee, á quien, por lo mismo, se presume propietario, no para algunos, sino para todos los efectos legales. En cualesquiera circunstancias tiene acción para reclamar de los tribunales y aun de las simples autoridades administrativas, la protección posesoria, contra los ataques de la usurpación, bajo cualesquiera formas que se presente, perturbándolo, y de la violencia, sean cuales fueren los medios empleados para arrancar de las manos del poseedor la cosa que el tiene y de la cual no puede ser privado sino en el caso de que el que se la disputa y quiere aprovecharse de ella, presente un título perfecto y preferente. El embargo no lo es, y jamás puede serlo ni aun con el transcurso de los siglos, pues como fuente de posesión es de peor calidad que la obtenida por robo: el embargo no es más que

el simple aseguramiento de bienes que sean de la propiedad de un deudor condenado á pagar cierto crédito; y desde el momento que no fuere demostrada, por aquel á quien interesa, la existencia de tal dominio en la persona del deudor, el embargo claudica por su base y debe ampararse en la posesión á quien se quiso arrebatar la cosa para pagar una prestación á que el mismo en manera alguna está obligado.

El poseedor á quien la ley otorga la presunción de propietario, demostrado el hecho derivativo de la presunción, nada le queda por hacer para que se le reconozca como tal propietario; pues al venir al juicio ha colocádose en opuesta posición á la de sus adversarios, á quienes ha dicho: "En tanto que la ley, por la sola razón de ser poseedor, me reputa propietario de la cosa embargada, les niego, á tí ejecutado, todo derecho á esa posesión y propiedad, y á tí ejecutante, toda acción por cuyo medio obtener pudieras el pago con cosa que no es de tu deudor ejecutado.» Esta negativa sí es absoluta é indemostrable por parte del que la opone, contra las pretensiones de quienes vienen al litigio á procurar destruir aquella presunción de propiedad, por cuyo medio obtener debe en todo caso el poseedor la protección de la ley á título de propietario presunto.

Por el contrario: el embargo no es por su propia esencia ni puede venir á ser con el tiempo ni por circunstancia alguna, causa eficiente de posesión y propiedad; luego de modo alguno tiene de provenir de ese simple hecho de aseguramiento, el derecho del ejecutante y los ejecutados, para sacar del patrimonio de un tercero bienes no ligados al pago de la reclamación principal. Para lograr este fin es preciso demostrar la propiedad de los deudores ejecutados, y aun pudiera llegarse á ese término también por la vía de las presunciones legales provenientes de la posesión, por tenerla ó haberla tenido y ser de mejor calidad que la del tercer opositor que no alegara otro título á la propiedad que la misma posesión.

Nada de esto ha podido demostrarse en el presente juicio, y de enmedio de ese estado de absoluto silencio, de la más completa abstracción de hechos generadores de algún

derecho, se deja oir la voz del ejecutante, proclamando una acción sin antecedentes ni fundamento alguno, contra quien nada debe, y para pagarse con lo ajeno. Si acciones como ésta prosperaran, sería de más perniciosos efectos que sancionar las usurpaciones más violentas é injustificadas, pues para impedir la consumación de éstas es lícito oponer la fuerza viva hasta el derramamiento de sangre: el poseedor puede rechazar la fuerza con la fuerza, en tanto que el litigante, aunque la ley lo repute propietario, por la posesión y aun presumiendo buena fe y título, se vería privado de lo suyo sin remedio alguno, y esto á la sombra de la ley y bajo los auspicios de la autoridad.

Tolerar y amparar semejantes acciones, equivaldría á darles carta de naturaleza, entre los más sagrados y legítimos títulos de adquirir, á los más inauditos despojos. Por ese medio se crearía un sistema odiosísimo de satisfacer créditos de deudores insolventes ó tramposos, con los bienes de cualquier hijo de vecino que no contase para la defensa de lo suyo, aunque se encuentre amparado con los derechos de posesión, con algún otro título correctísimo de propiedad. Mas no puede ser así, y si alguna vez ha sucedido, habrá sido por una verdadera desgracia nunca bien lamentada.

Además de lo alegado ocúrreseme otra nueva y muy atendible demostración de los derechos que patrocino; demostración sacada de la misma naturaleza del juicio que en estos momentos substentamos, cual es: una tercería excluyente de dominio. Bien: como la idea de dominio comprende igualmente el derecho de la propiedad y el derecho de la posesión; se deduce lógica y racionalmente, que á título de dominio podemos reclamar lo mismo la cosa de que somos propietarios que aquella de que seamos únicamente poseedores. Por esto, el legislador al llamar de dominio estos juicios de tercería, puso al amparo de todo ataque asestado en lo ajeno por medio de ejecuciones judiciales, lo mismo la posesión que la propiedad. No podría ser de otra manera. Si les hubiese llamado tercerías excluyentes de propiedad, se excluiría de esta institución procesal de la ejecución únicamente la misma propiedad, cuando fuere demostrada, y pe-

recerían los derechos de posesión que, como igualmente reales, han sido criados en la propia ley. Y si así lo hubiera querido el legislador, habría tenido necesidad de establecer como causa de la pérdida de la posesión, el secuestro judicial. Pero esto no lo ha hecho ni lo haría sin lastimar profundamente principios ilegislables del derecho público. Porque desde el momento que por interés público, de orden y de paz, sustentadores de la harmonía social, hase proclamado como principio la inviolabilidad del dominio, es respetable y respetado todo derecho real, que consiste en la facultad concedida á una persona de atribuirse, con exclusión de cualquiera otra, la utilidad total ó parcial de una cosa sometida por razón del mismo derecho á nuestro poder legal y á nuestra propia voluntad, bien sea bajo todos conceptos ó bajo alguno solamente: posesión y propiedad, iguales á derecho real á título de dominio.

«Los principios generales siguientes proceden de la noción y de la naturaleza del derecho real»

"1.° Todo derecho real produce la posibilidad legal de disponer de la cosa, y se distingue por esto esencialmente de la simple posesión de la cosa, que es la posibilidad física de disponer de ella. El derecho real no está, pues, en manera alguna subordinado á la condición de la posesión de la cosa, y se conserva aún después de la pérdida de esta posesión.

«2.° Todo derecho real, considerado en sí, es un derecho absoluto, es decir, que aquel á quien pertenece lo ejerce directamente sobre la cosa contra cualquiera otro, y existe sin que una persona determinada esté particularmente obligada. A este derecho corresponde el deber negativo de todos de no turbar en el ejercicio de su derecho á aquel á quien compete. Este punto es el que distingue esencialmente el derecho real de las obligaciones.

«3.° Todo derecho real puede ser ejercitado por medio de una acción real (actio in rem) por aquel á quien pertenece, contra cualquiera que posee la cosa ó que se la disputa.

«4.° En fin, todo derecho real debe concluir nece-

sariamente por la destrucción total de la cosa sobre que se ejerce.»—MACKELDEY.

Res ubicumqne sit, pro domino clamat.

Podemos decir, me expresaré con los civilistas de la Serna y Montalbán, que el dominio es el derecho en la cosa por excelencia. Las demás clases de derechos en la cosa que suelen enumerarse y á los cuales corresponde la acción real que les es propia: I. la que tiene por objeto la reclamación de una cosa que es nuestra: II. la reclamación de una servidumbre, ó la declaración de que un predio está libre de ella: III. la reclamación de los derechos de usufructo, uso y habitación: IV. la hipotecaria: V. las que nacen de los censos consignativo y enfitéutico: VI. las de prenda y anticresis: VII. las de herencia; y VIII. las de posesión, todas las cuales con su carácter de reales pueden ejercitarse contra cualquier poseedor, y que dan origen á la obligación real correlativa, la que afecta á la cosa y obra contra cualquier poseedor de ésta (artículos 3 y 4 del Código de Procedimientos Civiles y 1327 del Civil); sólo son, ó diferentes modos de considerar el dominio, ó desmembraciones de la facultad omnímoda del propietario, *jus utendi, fruendi et abutendi*, ya dando una coparticipación en la propiedad, ya introduciendo en favor de otras personas, que no son condueños, un derecho que limita las atribuciones que por regla general tenemos en las cosas que nos pertenecen. Por esto, todos los autores han distinguido las palabras propiedad y dominio, advirtiendo: que, sin embargo de ser sinónimas, la primera tiene una significación más lata, porque no sólo denota el derecho que tenemos en determinada cosa sino la cosa misma que nos pertenece. La propiedad la viene á constituir la reunión de todos los derechos que dimanan del dominio en un solo individuo ó persona jurídica, quien pasa, por modo primitivo ó derivado, á ser dueño de la cosa objeto de esos derechos, de la cual él y no otro puede aprovecharse: es por su propia naturaleza, un derecho ilimitado y exclusivo.

El dominio es la institución jurídica á cuyo amparo nacen y se sustentan todos los derechos y obligaciones que del mismo derivados, están en el número de las cosas que

componen el patrimonio y recaen directamente sobre las cosas mismas. Por dominio antójaseme la acción en virtud de la cual se hacen valer todos los derechos reales; es el título de su eficacia, constituyan ó no propiedad determinada. Consecuencia lógica deducida de la esencia misma del dominio, es que aquel á quien éste corresponde, puede disponer libremente de las cosas que le pertenecen cuando esta facultad no se halla restringida por la ley, por pacto ó por cualquier otro motivo legal. Según las ideas naturales del dominio, no parece necesaria una enumeración especial de los diversos derechos reales en él comprendidos; y en efecto, en tanto que no puede ser probada y justificada una excepción particular, el dominio comprende todas las maneras posibles de obrar sobre la cosa y sus derechos inherentes, y esto con un carácter exclusivo y á la vez atributivo. La átribución otorga al dueño del derecho la facultad de obtener toda la utilidad de que es susceptible en la cosa en que se encuentra; y la exclusión consiste en la obligación impuesta á los demás hombres de respetar esa facultad y de no hacer algo que impida su libre ejercicio; caracteres de exclusión y atribución del derecho real á título de dominio, que engendran una relación directa é inmediata entre la persona y la cosa, objeto de ese vínculo, y por consiguiente, sólo existen en ese derecho dos elementos, la persona, sujeto activo de él, y la cosa.

La posesión, como uno de los derechos reales y de los más esenciales, pues sin ella la propiedad es ficticia, por ser su exterioridad ó visibilidad, es á la vez la manifestación positiva del dominio. «Importa á la exterioridad, uno de los caracteres así del derecho como del deber jurídico correspondiente, que lo mismo el ejercicio del primero que el cumplimiento del segundo puedan ser garantidos por medio de la fuerza. La fuerza empleada en sostenimiento del derecho se llama *coación jurídica*, la cual se manifiesta bajo tres formas: de *prevención*, si asegura el derecho contra las amenazas de alguno; de *defensa*, si rechaza un ataque presente; de *indemnización*, si su fin es procurar que se reintegre el derecho violado."

La posesión en sentido lato es la tenencia física y

exclusiva de una cosa. Porque así como se dice poseedor de una cosa á aquel que la retiene, así puede decirse que posee un derecho aquel que contínuamente lo ejercita. Si á esa posesión física se añade la intención de retener la cosa como propia, la posesión se llama jurídica. Por consiguiente, es el estado ó relación de hecho que da á una persona la posibilidad física, actual y exclusiva de ejercer sobre una cosa actos materiales de uso, de goce ó de transformación; perfecto estado translativo de dominio desde el momento en que se adquiere esa posibilidad, y se ha manifestado la intención de guardar la cosa como suya: *detentio rei alicujus cum animo domini.* Bajo estas condiciones de ocupación y demostración del ánimo, por más de un año, y según el artículo 856 del Código Civil, se adquiere la posesión con sus derechos inherentes, el de ser mantenido y el de ser restituido en ella, siempre que hubiere perturbación.

La posesión, estando declarada expresamente por la ley, derecho en la cosa, es uno de los objetos del dominio, y, como todos los derechos nacidos y sustentados á su amparo, es inviolable por su propia naturaleza; inviolabilidad del derecho que se asegura contra toda violación, por el fundamento racional de la coacción jurídica. Y cierto, dice la filosofía jurídica: «el derecho, en cuanto se apoya sobre el orden de las relaciones sociales, no solamente liga el entendimiento y la voluntad de otros, sí que también el poder externo, obligándoles á conformarse en sus operaciones externas á las exigencias del derecho. Sin esta limitación no podría el derecho ejercitar su imperio en las relaciones externas de los hombres, porque no se comunican éstos entre sí más que por actos externos. De donde se infiere que si, en vez de seguir el sujeto pasivo del derecho el dictamen de la razón que le impone el deber de respetar el derecho de otro, lo viola dejándose arrastrar por desordenados apetitos, se revolverá y afirmará con más energía que nunca la inviolabilidad intrínseca del derecho contra la depravada voluntad de aquel por quien fué amenazada, contrastada ó violada." Un derecho no inviolable sería un derecho al cual no correspondería en los

demás el deber de respetarlo, esto es, no podríamos llamarlo derecho.

Resumiendo lo expuesto, las proposiciones sentadas y en mi concepto demostradas son las siguientes:

1.ª La posesión constituye la condición *de hecho* de la utilización económica de la propiedad.

2.ª Así, el derecho de poseer es un *elemento indispensable* de la propiedad.

3.ª La posesión es la puerta que conduce á la propiedad.

4.ª La protección posesoria se presenta como una *posición defensiva* del propietario, desde la cual puede rechazar más facilmente los ataques dirigidos contra su esfera jurídica.

5.ª Por consiguiente, se niega donde quiera que la propiedad es jurídicamente excluida.

En todas partes, pues, se reproduce la relación de la posesión con la propiedad.

De todo lo dicho se infiere rectamente: que por la misma razón de ser de dominio las tercerías, son juicios com plexos, sin caracteres peculiarmente determinados; aunque el fin que persiguen sea el mismo, el de librar de ejecución bienes no afectados al pago de las obligaciones de los deudores ejecutados en el juicio principal, sirviendo de título para alcanzarlo la acción absoluta de dominio. En ejercicio de esta acción y con el especial objeto que tienen las tercerías de excluir del remate la cosa ajena, participan de la naturaleza así de los juicios plenarios de propiedad y de posesión, como de los de interdicto de retener ó recuperar la posesión, sin que sea de exigirse para estos dos últimos casos la promoción de los interdictos propiamente dichos y tramitarlos en sus procedimientos sumarísimos; pues los derechos criados por los artículos 857 á 859 del Código Civil, son derechos absolutos, en fuerza de los cuales, el poseedor tiene de ser mantenido ó restituido á su posesión, siempre que fuese perturbado en ella y requiera la restitución antes de un año de haber sido despojado, ó despuès si lo pidiese contra aquellos cuya posesión no sea mejor. Todavía más: en ciertos casos, co-

mo en el que actualmente nos ocupamos, no es la tercería propiamente un juicio; pues, para que en rigor lo haya, requiérese preexistencia de derechos que por una circunstancia dada se pongan y encuentren en colisión, como se verifica cuando contienden dos propietarios ó poseedores sobre una misma cosa; pero entre un embargante asociado por el procedimiento con un ejecutado, ni propietario ni poseedor de la cosa embargada, cuyo acto de aseguramiento no es ni puede ser fuente de ninguno de los derechos en la cosa, en oposición con el propietario ó poseedor de ésta, no hay colisión posible, como no puede haberla en dos líneas paralelas: no ha operádose entonces por el embargo más que un acto de perturbación á la relación posesoria; y se va á la tercería en busca de protección contra semejante atentado y á procurar el levantamiento del embargo.

De esta teoría, perfectamente ajustada á los principios de derecho, se desprende la razón de haberse considerado las tercerías juicios incidentales del principal, y en los cuales se somete á la decisión judicial, no sólo los derechos del tercer opositor, sino principalmente la subsistencia del acto de embargo que provocó la contienda...... Este no puede subsistir al frente de cualquier derecho real que, una vez nacido, sólo perece con la cosa sobre que se ejerce, y el embargo no la destruye, ni modifica los derechos á ella inherentes.

Antes dije que nos encontrabamos al frente de un hecho real y verdadero, el de la posesión por los Aguayo del terreno embargado, y ahora estamos contemplando que la generación de ese hecho ha producido un derecho *in rem*, no destructible por el solo acto del embargo. ¿Qué hacer en el conflicto entre este procedimiento y aquel derecho? Si el embargo no puede destruir la posesión ni alterar los derechos en la cosa, y ésta se encuentra fuera del dominio de los ejecutados, ¿es justo conceder al ejecutante el derecho de pagarse con un bien ajeno, y, para llegar á esta conclusión, cooperar con decisiones judiciales, que deben ser la expresión de la verdad legal, al despojo y á la violabilidad del dominio? La razón á la par que la conciencia, apoyadas en el

derecho y la moral, como fundadamente lo espero, contestarán en la sentencia definitiva de esta instancia.

Si las pobres razones, hasta ahora aducidas por mi parte, han sido ineficaces para persuadir, á pesar de tener su más firme apoyo en el derecho civil, en puntos de todos conocidos; con el mismo fin, y para que este negocio venga á concluir por el convencimiento de las partes que contienden, y para que á la sentencia esperada le podamos así prestar el más rendido homenaje, al sernos conocida, calificándola de consuno, no solamente de legal sino también de justa, que es hasta donde pueden llegar las aspiraciones de los que administran justicia, no sólo conforme á la ley, sino á los principios inmutables y eternos de suprema verdad, cual es el objeto que persigue aquella virtud en todas sus prácticas y manifestaciones; voy á colocar la cuestión en el terreno constitucional.

La Carta Fundamental del Gobierno Republicano, bajo cuyos regímenes políticos se administra la cosa pública en nuestra nación, asegura en su artículo primero: que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales; y que, en consecuencia, todas las leyes y todas autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución. Esta consecuencia de aquel precepto, se mira confirmada en el artículo 126 del mismo cuerpo de ideas y de doctrinas constitucionales, al disponer que serán éstas la ley suprema de toda la Unión, y á las cuales se arreglarán los jueces de cada Estado, á pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones ó leyes de los Estados. Pues bien: siempre que aparezca cualquiera de los derechos del hombre en conflicto con leyes ó actos de cualesquiera autoridades, prevalece el atacado derecho del hombre, al amparo de la garantía constitucional que deben respetar y sostener todas las leyes y todas las autoridades del país. Entre los derechos garantidos por la Constitución del Gobierno Mexicano, está, como uno de los más ciertos y legítimos, el precioso consignado en el artículo 16 que, en lo que viene al caso, dice que nadie puede su molestado en su persona...... y pose-

siones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. El embargo que inflige molestias al poseedor, perturbándole por la sola voluntad del ejecutante y sin mandamiento escrito de autoridad alguna, en la posesión de cosa que se encuentra bajo su dominio, es un acto violatorio de esa garantía. Positivamente; el precepto constitucional analizado habla de molestias causadas á cualquier persona en sus posesiones, así en general; porque la posesión, cualquiera que sea su origen y fundamento, vive y ha vivido siempre en los pueblos cultos al abrigo de la ley y al amparo de la autoridad; por tanto, es violarla si se desposee al tenedor, fuera de los casos que el derecho lo permite y en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. El artículo que crió esta garantía en el orden constitucional, fué presentado á la Cámara Legislativa, con el número cinco del Proyecto, que explica mejor cuál fué su espíritu, en estos términos: «Todos los habitantes de la República, así en sus personas y familias, como en su domicilio, papeles y *posesiones*, están á cubierto de todo atropellamiento......, EMBARGO Ó SECUESTRO...... excepto en los casos prefijados por las leyes y con la indispensable condición de que se proceda racionalmente y de que la autoridad competente exprese en su mandamiento escrito, la causa probable del procedimiento....... Hagamos aplicación práctica del precepto constitucional de cuyo espíritu y consecuencias estamos penetrados, y para hacerlo con la claridad necesaria retrotraigamos nuestra observación á los antecedentes del negocio, que son éstos: El señor Licenciado Don José María Martínez Sotomayor, con un mandamiento escrito de autoridad competente, dictado en juicio seguido contra Cruz Teja y Susano Ortega, embargó bienes en cuya posesión se encuentra Calixto Aguayo. Este ha demostrado el hecho de la posesión *ad-usucapionem*, y los otros nada que destruir pudiera los derechos del poseedor, revestido de la cualidad de propietario por presunción legal; no obstante, pretende el ejecutante obtener de los tribunales la resolución de que, sean cuales se fueren los derechos del po-

seedor, deben reputarse perdidos por el solo acto del embargo; como si éste, contra la presunción legal de propietario á favor del poseedor, criara derechos de dominio en beneficio de los ejecutados y en provecho de aquel acreedor, para pagarse su propio crédito con una cosa manifiestamente ajena.

Desde luego se advierte, que no habiendo sido dictado el mandamiento de ejecución contra Hilario ó Calixto Aguayo, que informan y constituyen la personalidad poseedora, no deben ser ultrajados en sus derechos á la posesión creadora de la causa del dominio reclamado en su virtud, ni molestados en su persona y posesiones, ni puede ser fundada y motivada la causa legal del procedimiento, en asunto que les es completamente extraño. Luego, aun conforme con la Constitución, ley suprema del país: el embargo efectuado constituye un atropello; y la autoridad está obligada á respetar y sostener la garantía violada, en la persona del poseedor perturbado en sus derechos de posesión.

Sin agotar la materia, por estar fuera de mi posibilidad intelectual llegar á comprenderla, paréceme que basta lo dicho para dilucidar la cuestión litigiosa; pues ya para decidirla emplearse ha, señor Juez, vuestro talento superior y más ilustrado.

Si con la aplicación de estas razones me fuera dado llegar al triunfo de mi causa, en cuanto á libertar de la traba la cosa en cuestión, no habríamos llegado todavía á satisfacer todos los derechos de mi patrocinado.

A éste á la vez de estar sintiendo lastimado su dominio por el ataque á su relación posesoria, atentado que le inflige grandes molestias que no tienen reparación posible, se le ha ocasionado el daño consistente en el desembolso de fondos para defenderse en juicio, cuyo resarcimiento puede lograrse con perfectísimo derecho, apoyado como se halla en lo dispuesto por la ley de Procedimientos Civiles, la cual previene en la fracción I del artículo 143, que siempre serán condenados en costas los que ninguna prueba rindieren para justificar su acción ó su excepción, si se funda, como en el presente caso, en hechos disputados. En el expediente no es

mira prueba alguna rendida por los adversarios, estando obligados á ello; luego deben ser condenados mancomunada y solidariamente al pago de las costas generales de este juicio, al fallarse en el sentido de la demanda.

....

¡Escoged! Por un lado la causa de un poseedor á quien la ley reputa propietario; y por el otro, la de un acreedor que nada ha podido demostrar en pro de la pretensión de hacerse pago con lo que es manifiestamente ajeno, á la vez de ser ésta la causa de unos deudores convictos y confesos de no ser dueños ni tener derecho alguno en lo embargado...... *Odia restringi, et favores convenit ampliari.*

Ignoro si he podido llevar el convencimiento á la ilustrada inteligencia del adversario, y mucho me holgaría si lo disuadiese de su propósito por estas nuevas alegaciones mías, si no persuasivas, á nadie injuriosas ni reprensibles, por aquello: *Nullus videtur dolo facere et nemini facit injuriam, qui jure suo utitur.* Y en cuanto á vos, señor Juez, colocado, como os halláis, fuera de la atmósfera de las pasiones que á todo litigante envuelve y agita y á muchos contamina y pervierte, recto debe ser vuestro juicio, y perfectamente acorde con la razón, la moral y el derecho la decisión que vais á pronunciar y á la cual desde luego tributo los homenajes debidos.





